

Autonomia da Advocacia de Estado e sua independência funcional¹

Diogo de Figueiredo Moreira Neto

Professor em universidades do Brasil e do exterior. Autor de diversas obras jurídicas.

Palavras-chave: Advocacia de Estado (autonomia). Direitos fundamentais. Funções essenciais à justiça.

Sumário: 1 Culturas e valores – 2 Direitos fundamentais – 3 A constitucionalização – 4 A funcionalização na Constituição – 5 Desdobramento do papel ôntico das Constituições – 6 A lógica da adequação funcional orgânica na Constituição brasileira – 7 Funções e órgãos de controle – 8 As funções essenciais à justiça – 9 Garantias de independência no exercício das funções essenciais à justiça – 10 Uma conclusão parcial a ser retirada: a isonomia entre as funções essenciais à justiça – Conclusão

Assim como todo poder tem a sua origem na vontade, toda *justificação do poder* deve ter origem num *valor* que a oriente. Assim pretende, esta exposição, ressaltar o *valor* juspolítico que justifica a constitucionalização da *Advocacia de Estado* neste complexo e turbulento mundo pós-moderno do poder.

1 Culturas e valores

Parte-se de uma abordagem *antropológica*, seguro método para ancorar à realidade as abstrusas reflexões sobre o universo social. O ensinamento da Antropologia Jurídica contemporânea é simples: tudo o que é *real* é dominado pela *diversidade*.² Assim, todas as *culturas* desenvolvem os seus respectivos *valores*, que as caracterizam e as identificam.

Lentamente, com a aproximação dos povos e o aperfeiçoamento da comunicação social as sociedades passam de culturalmente homogêneas a culturalmente heterogêneas, dando origem às *sociedades plurais*.

Assim é que, nessas sociedades plurivalentes, alguns valores se comunicam, se difundem, tornam-se comuns aos grupos e se transformam nas suas *referências multiculturais*.

¹ Apresentado no V Seminário Nacional sobre Advocacia de Estado e IX Encontro Nacional de Advogados da União, Maceió, 4 nov. 2008.

² Rodolfo Sacco, Professor da Universidade de Turim, portanto, colega de Norberto Bobbio, Membro da Academia dos Lincei, é que o afirma e propõe como princípio, em sua *Antropologia jurídica*, publicada neste ano (*Antropologie juridique*. Paris: Dalloz, 2008. p. 29: “*Tout ce qui est réel est dominé par la diversité*”).

Entre as várias referências multiculturais desenvolvidas no cadinho cultural da civilização ocidental, a dos *direitos fundamentais* veio a se tornar uma das mais expressivas no mundo atual, possivelmente como a maior aquisição juspolítica da humanidade, depois de se ter sagrado a liberdade no mundo liberal.

2 Direitos fundamentais

Mas um longo percurso histórico foi percorrido desde a origem do conceito de que o homem tem *direitos naturais* que lhe são imanes, que se solidificou com o desenvolvimento da concepção dos *direitos humanos* até, finalmente, elevar-se às Constituições com esta denominação e nelas, afinal, se positivarem com seus desdobramentos metaindividuais com a atual denominação de *direitos fundamentais*.

3 A constitucionalização

A positivação de direitos humanos, em suas origens, estava limitada a *enunciar valores*, tal como já se encontrava desde o seu aparecimento em algumas Cartas medievais, até florescer nas primeiras Declarações formais, iluministas e liberais.³

Tinham, pois, os *direitos humanos*, a essa época páleo-liberal, uma *função declaratória*, e por isso recebida no positivismo como mera norma programática, sem outra eficácia que a de indicar um ideal a ser alcançado. Assim, esses direitos declarados ingressavam nas Constituições liberais apenas como *programas*, e, desse modo, totalmente dependentes do arbítrio dos detentores do poder de plantão, aos quais caberia definir politicamente a conveniência e a oportunidade para que fossem implementados.

Todavia, nas Constituições posteriores, de cunho social, já sob as demandas de sociedades sócio-economicamente emergentes mais complexas e contando com certa experiência relativamente ao controle do abuso do poder, acresceu-se à função *declaratória* a de *garantia*, que se expressou na instituição de meios para o controle de excessos, a partir do exemplo do vetusto *habeas corpus* do direito anglo-saxônico.

Finalmente, nas Constituições pós-modernas, estes *direitos*, inicialmente apenas *declarados*, e posteriormente *garantidos*, alcançam sua plenitude

³ Citando-se entre as mais famosas desta época de afirmação o *Bill of Rights* de 1689, a Constituição do Bom Povo da Virgínia e o preâmbulo da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, ambas de 1776.

jurídica ao dotarem-se de *supremacia* e de *eficácia* próprias, aptos, portanto, para serem efetivamente implementados ou, em expressão mais recente, *funcionalizados*.

4 A funcionalização na Constituição

Assim, se o Estado Liberal chegou à *declaração* dos *direitos fundamentais* e o Estado Social, à sua *garantia*, toca agora ao Estado Democrático de Direito, que acumula ambas as experiências e as transcende, a sua *efetivação*.

Portanto, o que se entende por efetivação dos *direitos fundamentais* vai além da *declaração* e mesmo da *garantia* contra abusos, passando assim a assumir uma justa prelazia sobre todos os demais direitos e instituindo em torno deles uma vertebração de todo o jurismo: constitucionalizado para tornar-se simultaneamente um *dever estatal* e um *direito cidadão* de *funcionalização*.

5 Desdobramento do papel ôntico das Constituições

Às normas ônticas das Constituições modernas cabia *organizar o Estado*, embora os propósitos desses aparatos governamentais persistissem sob conceitos funcionais e esquemas tradicionais, por serem ainda vagos os objetivos programáticos que hipoteticamente deveriam ser perseguidos.

Distintamente, as normas ônticas das Constituições pós-modernas já possibilitam muito maior adequação das *funções* às *finalidades* do poder e, assim, basicamente, ao Estado se atribuem duas ordens de missões correspondentes aos dois grandes avanços registrados: *primeiro*, a de tornar efetiva a *garantia* de que os direitos fundamentais serão rigorosamente observados e, *segundo*, a de tornar efetiva a sua *funcionalização*.

Isso posto, para o desempenho dessas duas ordens de *funções*, as Constituições pós-modernas, como a brasileira de 1988, adotam uma *nova disposição orgânica*, na qual se busca conjugar critérios de *multiplicação de especialidades funcionais* (próprios para a missão de *funcionalização*) com *critérios de multiplicidade de controles* (próprios para a missão de *garantia*), dando crescente importância à função de *controle*.

6 A lógica da adequação funcional orgânica na Constituição brasileira

Examine-se agora, sob este esquema metódico, como se apresenta a adequação funcional-orgânica na Constituição brasileira.

Para desempenhar as funções que devem conferir efetividade à missão de *funcionalização* dos direitos fundamentais, a Constituição aparelha duas categorias de órgãos:

- (1) os órgãos que devem *ditar as regras* legais do funcionamento, com funções de formular comandos normativos (os órgãos *legislativos*) e
- (2) os órgãos que devem *pôr em ação* esses comandos (os órgãos *executivos*).

Outrossim, para desempenhar funções que devam conferir efetividade à missão de *garantia* dos direitos fundamentais, a Constituição aparelha também duas categorias de órgãos:

- (1) os órgãos de *vigilância e de repressão de fato* (os órgãos executivos de *segurança pública*) e
- (2) os órgãos que devem *fiscalizar, prevenir, reprimir e corrigir de direito* todos os tipos de ações acima referidos (os órgãos de controle da *segurança jurídica*).

A cada órgão, a Constituição impõe o desempenho da função reflexiva de controle — o *autocontrole*; mas, com autêntica inspiração no princípio da separação de poderes, hoje, mais apropriadamente, de separação de funções⁴ esta importante atribuição é também cometida a órgãos externos — o *heterocontrole*.

7 Funções e órgãos de controle

Especificamente, para desempenhar a amplíssima missão de *controle da segurança jurídica*, as suas distintas manifestações são distribuídas constitucionalmente em rede, e não mais em pirâmide, entre diversos órgãos, sendo que concentram-se apenas em alguns deles, qualificados pela *jurisdição*, a *competência universal para emitir decisões definitivas sobre conflitos de Direito* (os órgãos *judiciários*).

Os demais *órgãos de controle* instituídos pela Carta Magna, em vez dessas missões *universais* de controle, desempenham missões de controle

⁴ Como ensina Karl Lowenstein, dos mais reputados atualizadores desse princípio: “Lo que corrientemente, aunque erróneamente, se suele designar como la separación de los poderes estatales, es en realidad la distribución de determinadas funciones estatales a diferentes órganos del Estado. El concepto de ‘poderes’, pese a lo profundamente enraizado que está, debe ser entendido en el contexto de una manera figurativa. En la siguiente exposición se preferirá la expresión ‘separación de funciones’ a la de ‘separación de poderes’” (LOWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964. p. 55).

específicas e limitadas — ora como sua *atividade primária*, ora como sua *atividade secundária* — para atuarem no *controle externo* sobre as funções exercidas pelos órgãos por eles controlados, embora, como ressaltado, sem definitividade na *dicção do direito*.

Dois grupos de órgãos atuam no desempenho dessas *missões constitucionais específicas e limitadas*: (1) no primeiro grupo, os que se encarregam dos controles de *fiscalização* e de *correção* em matéria contábil, financeira e orçamentária (os *órgãos de contas*) e, no segundo grupo, (2) os que têm a cargo controles de *fiscalização, promoção e defesa* em matéria jurídica em diversas ações de *provedoria de justiça* (os órgãos exercentes das *funções essenciais à justiça*).

Para o desempenho de todas essas intrincadas atividades estatais dispostas em rede, numa trama de controles recíprocos que garante vigilância e equilíbrio entre todas, mesmo superpostas, sobressai a necessidade de gozarem de *independência funcional*, notadamente, para as que exercem as missões de *garantia*, que são exatamente aquelas às quais incumbe o *controle externo*, que são exercidas sob várias modalidades e sobre todas as funções e seus correspondentes órgãos.

Assim, o princípio da *separação de poderes*, agora em sua releitura neoconstitucional — portanto, com vistas à plena eficácia dos direitos fundamentais — tem necessariamente como corolário a *independência constitucionalmente assegurada para o também pleno exercício dessas várias funções de controle específicas de Estado*.

8 As funções essenciais à justiça

Ora, as *funções essenciais à justiça* são as constitucionalmente aparelhadas para atuar praticamente em todos os campos em que haja uma atividade jurídica, ou seja: na esfera da *juridicidade*.

Apresenta-se aqui um outro conceito pós-moderno, também pleno de significação — a *juridicidade* — como a sua referência: um conceito bem mais extenso que o da *legalidade*, pois que não se refere exclusivamente à *lei*, mas ao *Direito*, envolvendo as exigências constitucionais de *legitimidade* e de *licitude* (moralidade).

A este respeito, vale recordar Franz Bydlinski que sustenta, com razão, a necessidade do emprego gradual e subsidiário de todos os métodos disponíveis para chegar a qualquer decisão que deva exprimir a

*lei, mas sempre conforme a idéia de Direito,*⁵ uma vez que tanto os preceitos positivos como os de conteúdo ético conformam ambos o Direito.

Afinal, o conceito de atividade *justa* há de ser aquela que deve buscar, na linha da *legalidade*, a *realização da solução prevista na lei* (eficácia), em que se logre, na linha da *legitimidade*, o atingimento do *máximo de proveito geral com o mínimo de sacrifício particular* (eficiência).

Chega-se, portanto, recordando aqui a lição de Friedrich Müller, à conclusão de que a operação de concretização aplicativa de uma norma não significa apenas *densificá-la* em seus elementos, para assim alcançar a realidade, mas, sobretudo, *produzir uma norma afeita à hipótese*, como se fora uma *norma nova* que, embora geral, é a que se faz *justa* para o caso.⁶

Para atender a tantas missões, em campos tão distintos e tão vastos, as *funções essenciais à justiça*, embora constitucionalmente tratadas sob um critério de unidade conceptual (no Título VI, Capítulo IV), foram desdobradas segundo a *especificidade* dos direitos tutelados, produzindo uma *multiplicidade orgânico-operacional* (nas seções que tratam dos ramos do Ministério Público, da Advocacia Pública, da Defensoria Pública e da Advocacia Privada). E para atender às *funções específicas* assim separadas, a instituição de *órgãos pessoais e coletivos* que devem exercê-las.

Mas, além dos valores comuns, para os quais todos os ramos devem atuar para *garanti-los* por meio das atividades de provedoria — quais sejam as de *fiscalização*, de *promoção* e de *defesa* — há valores especificados que são cometidos a cada um desses desdobramentos das *funções essenciais à justiça*, que por eles deverão ser preferentemente e, por vezes, exclusivamente atendidos.

Ora, como *tais valores*, assim especificados na Carta, *não são hierarquizáveis entre si*, em consequência, tampouco o são as *funções essenciais* que devem prover a sua cura.

Como se está tratando de *valores* e de correlativas *funções de provedoria* constitucionalmente definidos ambos, decorre necessariamente dessa evidente *inexistência de hierarquização* no exercício das respectivas funções a inquestionável necessidade de *independência para o desempenho de cada uma delas*, de outra forma, ao Judiciário só chegariam postulações que satisfizessem aos interesses deste ou daquele órgão ou detentor de poder que exercesse alguma forma de mando, autoridade ou de influência sobre os membros de qualquer das três Procuraturas de Estado instituídas.

⁵ BYDLINSKI, Franz. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. 1982. p. 128.

⁶ MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodenlehre*. 3. ed. 1989. p. 27.

9 Garantias de independência no exercício das funções essenciais à justiça

Os *princípios constitucionais* que asseguram a *independência* (no Título IV, Capítulo IV), considerando a *não hierarquização dos valores tutelados*, são os explícitos e implícitos ou decorrentes contidos na Carta e abrangem todas as funções, embora possam estar referidos nesta ou naquela Seção que trata das especialidades funcionais.

Em outros termos: a *independência* não decorre do fato de ter sido explicitado este ou aquele aspecto para uma especialidade funcional, mas, sim, dimana da mesma fonte comum — da *essencialidade à justiça*: este é o alcance da ausência de hierarquização entre os valores, que devem ser por todas e por cada uma delas sustentados.⁷

Quanto a essas *garantias constitucionais das funções essenciais à justiça*, classificam-se em dois tipos: as *funcionais* e as *orgânicas*, em que além dos *princípios constitucionais protetivos do desempenho de funções públicas em geral* — a *independência* e a *eficiência* — *acrescem os especificamente protetivos do exercício independente e eficiente das funções essenciais a seu cargo*.

1 Garantias de independência das funções essenciais à justiça

A *autonomia funcional*, com seu consectário *orgânico* — de autonomia administrativa, financeira e orçamentária — é o necessário conteúdo de qualquer atuação técnico-jurídica em que se demande ciência, consciência e imparcialidade.

2 Garantias de eficiência das funções essenciais à justiça

São as *condições mínimas* para o desempenho funcional com as características acima referidas: (1) O *acesso* pelo sistema de mérito; (2) a *remuneração* justa (isonomia como padrão) e (3) a *infraestrutura* administrativa adequada a um desempenho apoiado e seguro.

A menção à *eficiência* não se faz no sentido *quantitativo*, como vinculada ao número de vezes com que sejam exercidos os deveres de fiscalização, de zeladoria e de promoção, sob quaisquer dos vários aspectos orgânico-funcionais em que se apresentem, nem, tampouco, referenciada

⁷ Em sede infraconstitucional há vários dispositivos em que essas garantias se encontram desdobradas, como em várias publicações especializadas vêm especificados, por exemplo: na *Revista Jurídica* da Apergs, comemorativa dos 35 anos, ano I, n. 1, p. 29, out. 2001 e em número da *Revista da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, v. 16, especificamente dedicado à Advocacia Pública.

ao tempo que essas atividades demandam, mas vem tomada no sentido qualitativo, ou seja: *referida à sua finalidade pública, que é a melhor realização possível da ordem jurídica.*

É, pois, nesse *sentido qualitativo*, que passa a ter especial significado a busca da *eficiência jurídica* — qualidade sempre estimável, embora nem sempre mensurável, através de critérios que espelhem fielmente a *efetividade da atuação das Procuraturas*, enquanto órgãos dispostos pela Constituição, tanto para a *sustentação*, como para o *aperfeiçoamento* da ordem jurídica, pois assim é que estão garantidos os direitos fundamentais.

10 Uma conclusão parcial a ser retirada: a isonomia entre as funções essenciais à justiça

Como expressado, os valores especificamente tutelados pelas três diferentes funções essenciais à justiça a cargo do Estado *não são hierarquizáveis* — logo, as funções tampouco o são. Se, por *reductio ad absurdum*, se permitisse um rompimento da isonomia orgânica com relação às três funções essenciais decorreria necessariamente:

- 1) a quebra da isonomia entre essas funções e, em consequência;
- 2) o surgimento de uma indevida hierarquização de interesses, não prevista na Constituição.

Em suma: a *essencialidade* da função diz respeito a todos os valores que caracterizam o Estado Democrático de Direito. Por outro lado, o necessário *tratamento funcional isonômico* deflui expressamente do dever constitucional de *harmonia*, reciprocamente imposta entre os exercentes do poder estatal, em cláusula abrangente, referida a todas as expressões constitucionais orgânicas e policráticas da soberania estatal.

Essa *essencialidade* também decorre da desejável *capilarização de seu exercício*, própria das funções essenciais à justiça, que se dá tanto no contexto social quanto no contexto estatal, pois que necessária a uma efetiva realização dos valores constitucionais em todos os níveis.

Essa atuação, assim duplamente referenciada, demanda, com inegável razão, o especialíssimo *status* constitucional estabelecido indiscriminadamente para todas as três Procuraturas — o de *independência técnico-funcional* em relação a quaisquer dos Poderes ou funções constitucionais do Estado, com seus necessários *corolários orgânicos de autonomia*. É o que

claramente se instituiu no Título IV da Carta, que, como se salientou, organiza, *em todos os seus quatro Capítulos*, as funções constitucionais essenciais de *execução de um aspecto técnico considerado essencial de fiscalização, de promoção e de defesa do poder estatal*.

Não é preciso mais insistir que práticas perversas, mas infelizmente disseminadas, conduzem a enormes distorções, sendo a mais grave delas *o estorvar quando não o impedir a advocacia de Estado de exercer, com a dignidade e a eficiência que a Carta Magna delas exige, a plenitude de seus deveres funcionais*, notadamente no exercício do controle, tanto por via judicial como extrajudicial, dos *superiores interesses da ordem jurídica do Estado, postos à sua cura*.

Tampouco é preciso insistir que, com a negação da independência ou com o estorvo de sua atuação, abrem-se os caminhos para as práticas arbitrárias quando não corruptas que tanto assolam a política.

Conclusão

Pretendeu-se evidenciar e remarcar a crescente dimensão juspolítica da *advocacia de Estado*, enfatizando a sua ímpar situação constitucional e sua imprescindível *independência funcional* — que desfruta juntamente com as duas outras Procuraturas públicas co-irmãs — pois se encontram postas, todas elas, como *órgãos intermediários entre a sociedade e o Estado* — e, por isso mesmo, afirmam a *indispensabilidade de todas e de cada qual*, em seus respectivos campos de competência, por serem, as suas missões, pela própria natureza constitucional de seu cometimento, *igualmente essenciais para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária*.

É necessário entender-se a *Advocacia de Estado*, do mesmo modo que o Ministério Público e a Defensoria Pública, como um *instrumento da sociedade*, constitucionalmente inserido na estrutura Estado, *pois que, como essas demais Procuraturas co-irmãs, estão destinadas ao controle dos valores e dos princípios jurídicos que a refletem* — o que vem a ser a mais distintiva característica do Estado Democrático de Direito.

Está-se, portanto, no campo da *realização da cidadania* — o que, acertadamente, a Constituição de 1988 quis elevar, prestigiar e instrumentar *ao institucionalizar as funções essenciais à justiça*, devendo-se, por isso, frisar, mais uma vez, essa peculiaridade, que escapa à percepção

de quem se satisfaz com uma alígera leitura de nossa Carta Política: o fato de que elas *são instrumentos essenciais*, por certo, à *justiça*, como está explícito, *mas, por isso mesmo, essenciais à própria existência de um Estado Democrático de Direito*, que tem sintetizado no valor *justiça* a plena realização dos *direitos fundamentais*.

Argumentos corolários conduzem tanto à *indispensabilidade* como à *independência funcional própria do conceito constitucional da advocacia*. Primeiro, a plena *autonomia funcional da advocacia de Estado* é indissociável das *conseqüentes autonomias orgânicas — a administrativa e a financeira —* pois são ambas imprescindíveis exigências da *insubordinação à esfera político-administrativa*. Apenas gozando dessas *autonomias*, os seus membros poderão *fazer prevalecer, em sua atuação, os valores jurídicos sobre os valores político-partidários e sobre os valores técnico-administrativos*. Esta é ademais, uma evidente inferência que se retira da própria *exclusão constitucional* desses órgãos do âmbito do *Poder Executivo*.

Portanto, em síntese, é ***constitucionalmente essencial*** para a plena realização do ***Estado Democrático de Direito*** que cada órgão exercente de *funções essenciais à justiça* atue com *independência*, em seu respectivo espaço de competência.

Onde há *poder* deve haver *direito* — *ubi potestas, ibi ius* — e, assim, onde há direito, deve existir necessariamente a sua fiscalização, promoção e defesa independentes, o que obrigatoriamente supõe *funções de controle independentes*.

Este é o seguro caminho, senão o único, para a realização, quem sabe ainda neste surpreendente século, do *Estado de Justiça*, como o batizou com felicidade Carlos Cassagne — *pois pior que a ilusão de direitos é a ilusão da garantia dos direitos*, essa triste situação a que se condena a sociedade em que um Estado se mostre débil ou ineficaz no desempenho das indispensáveis funções constitucionais de *provedoria de justiça*, distribuídas entre suas Procuraturas de Estado: *a todas e a cada uma, sem distinção de especialização entre elas*.

Teresópolis, primavera de 2008.